

Sentencia T-753/01

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Implante coclear

El derecho a la vida implica una existencia en condiciones de dignidad y no a una mera existencia, lo que nos lleva a concluir que si existe un procedimiento quirúrgico que le permite al menor acceder al mundo del sonido, no se ve como se le puede negar ese derecho. Respecto de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana.

DERECHO A LA SALUD- Prueba de la incapacidad económica para asumir tratamiento

Respecto de la situación económica del menor, no cabe duda, que sus padres un celador y una empleada del servicio domestico, no cuentan con los recursos necesarios para sufragar la intervención quirúrgica, ya que por el oficio que desempeñan dentro de la sociedad, es razonable presumir que son personas de bajos ingresos. Por ello, tampoco se admite que el juez de tutela teniendo la posibilidad de practicar pruebas, se abstenga de tutelar un derecho fundamental, ante la falta de prueba de la situación económica de los peticionarios. Es deber del juez, emplear sus potestades para verificar los hechos del caso, con miras a establecer si existe o no la capacidad de pago de los accionantes.

Sala Quinta de Revisión

Referencia: expediente T- 442441

Acción de tutela instaurada por Francisco Figueroa Varón contra el Seguro Social E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá, D.C., julio diez y seis (16) de dos mil uno (2001).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, quien la preside, Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre Lynett, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T- 442441 instaurado por Francisco Figueroa Barón, contra el Instituto de los Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor Ernesto Figueroa se presentó ante la Personería de Bogotá D. C., y en forma verbal le solicitó al señor Personero, que en representación de su hijo menor de edad, instaurará una acción de tutela contra el Seguro Social E.P.S. Pretende se ordene la realización de un implante coclear a su hijo menor.

2. Los hechos

2.1. El señor personero de Bogotá, por tratarse de un menor de edad en estado de indefensión, y por considerar que el Seguro Social E.P.S, al negar la autorización del implante coclear le esta vulnerando los derechos fundamentales del menor, presentó ante los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, acción de tutela en nombre del joven Francisco Figueroa Barón, con fundamento en la declaración juramentada de su padre señor Ernesto Figueroa.

2.2. Manifestó el padre del menor, que es celador, devenga el salario mínimo y su señora esposa le colabora con los gastos del hogar trabajando por días en casas de familia. Son padres de un menor que cuenta con diez y seis (16) años, el cual a la edad de doce (12) años fue afectado por meningitis, quedando completamente sordo por presentar “Hipoacusia neurosensorial profunda bilateral”.

2.3. Dijo que después de la enfermedad de su hijo tuvieron que enfrentar el drama de su sordera. Fue puesto en manos de una psicóloga y fonoaudióloga que le realizó varias terapias al cabo de las cuales, al no encontrar resultados positivos, lo remitió al médico otorrino-laringólogo de la clínica San Pedro Claver, quien conceptuó que tenía las condiciones para el implante coclear con resultados exitosos.

2.4. La madre del menor señora Teresa Varón Troncoso está vinculada en salud al Seguro Social E.P.S., mediante el régimen contributivo, su hijo es beneficiario del mismo, y llevan cuatro años (4) acudiendo a esa entidad para que les autorice el implante coclear, y lo único que han recibido son excusas sin que a la fecha les hallan definido nada.

2.5. El Joven, necesita el implante coclear, para poder oír, reintegrarse a sus estudios, y llevar una vida normal.

3. Fundamento de la acción

La personería de Bogotá basa la petición de tutela en las siguientes consideraciones :

3.1. El derecho fundamental a la vida del menor se ve vulnerado cuando se omite por parte de la entidad demandada, autorizar el implante coclear que se hace necesario para que la vida del joven se realice de una manera digna, por ello es censurable la conducta del Seguro Social E.P.S.

3.2. El artículo 44 de la Constitución Política determina que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, y por ello el Estado debe proveer a la protección privilegiada de la salud del menor Francisco Figueroa Varón, una persona sorda, hijo de padres oyentes, inmerso en un mundo sonoro, cuyo entorno no conoce el lenguaje de signos, el cual es un paciente adecuado para realizarle el implante.

4. Oposición a la demanda de tutela

El Seguro Social E.P.S por medio de su gerente se opuso a la prosperidad de la acción de tutela por las siguientes circunstancias:

4.1 El implante coclear solicitado por el accionante, no está contemplado dentro del plan obligatorio de salud, por lo tanto el Seguro Social E.P.S. no está obligado al suministro del mismo. En el evento que el juez determine que la entidad demandada está en la obligación de suministrarlo, se debe ordenar repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía "FOSIGA".

4.2. El no suministro del implante coclear, de manera alguna pone en riesgo o peligro la vida del menor, en consecuencia no existe violación alguna a los preceptos establecidos en el Decreto 2591 de 1991, y más si se tiene, que desde el punto de vista legal no se ha vulnerado ningún derecho del peticionario.

4.3. Con el fin de dar aplicación a los principios de universalidad, equidad y eficiencia contemplado en la ley 100 de 1993, en el plan obligatorio de salud se han excluido ciertas actividades, procedimientos e intervenciones como es el implante coclear.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera instancia

En Primera instancia conoció el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá el cual, mediante sentencia proferida el día siete (7) de marzo de 2001, decidió denegar la tutela interpuesta, basándose en las siguientes consideraciones:

1.1. Para que se autorice la realización de tratamientos médicos fuera del POS, es necesario cumplir con una serie de requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como que el paciente se encuentre en una situación de riesgo inminente para con su vida. En el caso en estudio obra una hoja de la historia médica de la evolución reseñada por el médico tratante en donde determina que el menor es un buen candidato para el implante coclear sin que se mencione que la vida del menor se encuentra en peligro. Otro de los requisitos exigidos que no acreditaron es la falta de capacidad económica pues no aportaron un balance certificado por contador, o a través de la declaración de renta o del certificado de ingresos.

1.2. No obra en el expediente prueba alguna que acredite que el accionante le solicitó al

Seguro Social E.P.S, la realización del implante coclear, lo que si se ha demostrado es que esa entidad le ha venido suministrando la atención médica que ha requerido el menor en las diferentes áreas médicas (fonoaudiología, sicología, terapia del lenguaje).

2. Impugnación

No se impugnó el fallo proferido por Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, razón por la cual fue enviado el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, siendo escogido en la Sala de Selección número cuatro (4) del veintiséis de abril de 2001.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El solicitante es la Personería de Bogotá D.C. quien obra en representación de una persona natural

2.2. Legitimación pasiva

La acción se interpuso en razón de la actuación de una entidad prestadora de servicios de salud; Seguro Social E.P.S.

2.3 . Derechos constitucionales violados o amenazados

El peticionario solicita la protección de los derechos constitucionales a la vida digna y a la salud de su hijo menor

2.4. El Caso concreto. Reiteración de jurisprudencia.

Corresponde a esta Sala establecer si es procedente la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de un menor ante la oposición de la E.P.S. del Seguro Social de realizarle un implante coclear¹, que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud o si el Estado tiene la obligación de prestar este procedimiento quirúrgico.

Para dilucidar el planteamiento anterior, ésta Sala de Revisión reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto de los tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio en Salud², cuando está de por medio un menor de edad, y se toma la decisión de ordenar que sea realizado el procedimiento quirúrgico, para evitar de ese modo, que un reglamento legal o administrativo impida el goce efectivo de las garantías constitucionales.

La Constitución Política ha determinado que los niños gozan de una especial protección del Estado³, y por ello cuando los derechos fundamentales a la vida e integridad personal están en peligro o bajo amenaza, es procedente acudir a la acción de tutela directamente con el fin de protegerlos.

El menor Francisco Figueroa es un joven de diez y seis años, que desde la edad de doce años tuvo que enfrentarse con la circunstancia de ser un niño sordo, y que por medio de un implante coclear que no está contemplado en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, contenido en la Resolución Número 5261 del 5 de agosto de 1994, quiere reincorporarse a la sociedad para ser el niño normal que era antes de su enfermedad.

Como ya se dijo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es reiterativa en señalar la inaplicación del reglamento del Plan Obligatorio de Salud, que excluye el tratamiento médico solicitado, cuando está de por medio el derecho fundamental a la salud de un menor, por ello, esta Sala de Revisión, en el caso del joven Francisco Figueroa lo inaplicará teniendo en cuenta la situación concreta que está padeciendo el menor, porque el empleo estricto de los reglamentos del POS, conlleva la vulneración de su derecho fundamental de tener una vida en condiciones dignas.

No obstante lo anterior, quiere dejar claro esta Sala de Revisión que la inaplicación del Plan Obligatorio de Salud no es automática, pues se deben cumplir una serie de requisitos establecidos por la Corte Constitucional, como son:

- 2) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud, o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
- 3) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún sistema o plan de salud.
- 4) Finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

En el caso del menor Francisco Figueroa, se da cumplimiento a los anteriores requisitos debido a que la Constitución Nacional le otorga a todos los Colombianos las garantías de gozar de la salud, a una integridad personal, a una vida digna, y le impone al Estado el deber de proteger especialmente a las personas que por su condición física se encuentran en circunstancias de inferioridad. Por ello, le es dable al menor pretender por medio del implante coclear, tratar de conseguir la normalidad en su problema de audición. El derecho a la vida implica una existencia en condiciones de dignidad y no a una mera existencia, lo que nos lleva a concluir que si existe un procedimiento quirúrgico que le permite al menor acceder al mundo del sonido, no se ve como se le puede negar ese derecho. Respecto de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana.⁵

Por lo anterior esta Sala de Revisión no acepta los planteamientos del Juez a quo, para negar la tutela por no estar en peligro la vida del menor, debido a que no debe esperarse, a que la persona se encuentre en un grave estado de salud, para que la tutela proceda,⁶ puesto que también se pueden estar afectando otros derechos fundamentales. Es claro que el menor puede vivir sin el implante coclear, y que su vida por el hecho de no colocárselo no corre peligro. Pero ¿en qué condiciones viviría, si él era un niño normal que no necesitaba de signos para darse a entender?

Por lo anterior, podemos determinar que se cumple el primer requisito para inaplicar la reglamentación del Plan Obligatorio de Salud, por encontrarse la integridad personal del menor amenazada, ante la falta de la intervención quirúrgica. Respecto del segundo

requisito, el implante coclear no puede sustituirse por otro tratamiento o intervención contemplado en la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, ya que se le realizaron al menor las terapias y exámenes establecidos, concluyendo el médico otorrino-laringólogo de la entidad⁷, que la opción que le queda la menor es el del implante coclear por ser un buen candidato para acceder a él.

Respecto de la situación económica del menor, no cabe duda, que sus padres un celador y una empleada del servicio domestico, no cuentan con los recursos necesarios para sufragar la intervención quirúrgica, ya que por el oficio que desempeñan dentro de la sociedad, es razonable presumir que son personas de bajos ingresos. Por ello, tampoco se admite que el juez de tutela teniendo la posibilidad de practicar pruebas, se abstenga de tutelar un derecho fundamental, ante la falta de prueba de la situación económica de los peticionarios. Es deber del juez, emplear sus potestades para verificar los hechos del caso, con miras a establecer si existe o no la capacidad de pago de los accionantes. Al respecto dijo la Corte, en la sentencia SU-819/99,

“(…) la preservación de los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho, impone tanto al juez de tutela, cuando se acuda a este mecanismo para obtener la defensa del derecho a la salud y por conexidad a la vida, como a las autoridades gubernamentales, representadas por el Ministerio de Salud a través del Fondo de Solidaridad y Garantía, el deber de solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago.”⁸

Como en la parte resolutive de la providencia se le ordena al Seguro Social E.P.S. asumir los costos de la intervención quirúrgica (implante coclear), esta Sala de Revisión reitera la jurisprudencia de la Corte en el sentido del derecho que le asiste a las Entidades Promotoras de Salud, de reclamar en contra de la subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social Integral en Salud, los sobre costos en que incurra.⁹

DECISIÓN.

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la

Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida el día siete (7) de marzo de 2001 por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá y tutelar los derechos fundamentales a la vida digna, la integridad personal, la salud, y la seguridad social del menor FRANCISCO FIGUEROA VARON.

Segundo: ORDENAR a la Empresa Promotora del Seguro Social, Seccional Cundinamarca, que en el término de un mes contado a partir de la fecha de notificación de esta sentencia, se proceda a realizar al menor FRANCISCO FIGUEROA VARON la cirugía del implante coclear, sin que pueda oponer la entidad la existencia de normas legales que excluyan el tratamiento del Plan Obligatorio de Salud.

Tercero: En caso de procederse a la cirugía del implante coclear, la E.P.S. del Seguro Social, tiene derecho de repetir lo pagado en cumplimiento de la orden contenida en el numeral segundo de esta providencia, en contra del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, subcuenta de enfermedades catastróficas, sin que esta última pueda oponerse al cumplimiento de la obligación.

Cuarto: LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 A pesar de que no esta en peligro su vida. Con este argumento se le negó la tutela por el juez de instancia.

2 T-236/98, T-283/98, T-286/98, T-328/98, T-329/98, T-560/98, T-529/99, T-535/99, T-590/99, T-663/99, T-813/99, SU-819/99, T-975/2000.

3 “Así las cosas, el artículo 44 de la Carta, según el cual “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, debe entenderse como un desarrollo de los mencionados valores y postulados, que inspiran el nuevo orden constitucional. Lo mismo sucede con la previsión superior según la cual la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Y lo propio se puede afirmar respecto del artículo 16 superior, norma que reconoce que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Cabe citar los siguientes criterios jurisprudenciales:

“Sobre el interés superior del niño, ha de reiterarse lo dicho por la Corte en el sentido de que se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad” (Fallo ya citado)

4 Consultar entre otras las Sentencias T-207 de 1975, T-042 de 1996.

5 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T- 499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 En la Sentencia T-260 de 1998, M.P. doctor Fabio Morón Díaz, en la cual se dijo que según el caso, el interesado no tiene que esperar estar al borde de una urgencia, con peligro

inminente para su vida, para poder acceder a la protección en salud.

7 La intervención quirúrgica fue recomendada por un medico otorrinolaringólogo del Seguro Social E.P.S.. Con lo cual se cumple con el cuarto requisito exigido. Ver folio 17 del expediente.

8 Sentencia SU-819/99; M.P. Alvaro Tafur Galvis.

9 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-480 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.